Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2015–2016

34 044 Voorstel van wet van de leden Fritsma en De Graaf inzake de terugzending van criminele Nederlanders afkomstig uit Aruba, Curaçao en Sint Maarten

Nr. 4 ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNEMERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 23 januari 2015 en de reactie van de initiatiefnemers d.d. 7 oktober 2015, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering is cursief afgedrukt.

Bij brief van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 1 oktober 2014 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Fritsma en De Graaf inzake de terugzending van criminele Nederlanders afkomstig uit Aruba, Curaçao en Sint Maarten, met memorie van toelichting.

Het initiatiefwetsvoorstel strekt er toe criminele Nederlanders afkomstig van Aruba, Curaçao en Sint Maarten terug te sturen en hen eventueel een inreisverbod op te leggen. Het voorstel neemt de kern van het regeringsvoorstel dat in 2007 namens de regering is ingediend door de toenmalige Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Verdonk (hierna: het regeringsvoorstel) tot uitgangspunt. Het onderhavige voorstel voorziet in de mogelijkheid van verblijfsbeëindiging voor Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten overeenkomstig de «glijdende schaal» zoals die wordt gehanteerd voor vreemdelingen.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de voorgestelde terugzendregeling in het kader van de regelgeving met betrekking tot het gebod tot gelijke behandeling en het verbod van discriminatie. Zij merkt op dat het voorstel een onderscheid maakt naar nationale afkomst waarbij Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten enerzijds en andere Nederlanders anderzijds ongelijk worden behandeld. Tevens is sprake van een ongunstiger behandeling van Nederlanders van de drie genoemde landen ten opzichte van Unieburgers. Gelet op het in de toelichting aangevoerde, bestaan sterke twijfels of de voorgestelde terugzendregeling en het onderscheid naar nationale afkomst dat daarmee wordt gemaakt in het licht van de zware

kst-34044-4
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2015

rechtvaardigingseisen ingevolge de jurisprudentie terzake gerechtvaardigd kan worden. Daartoe wijst de Afdeling ten eerste op de reikwijdte van het voorstel. Ervan uitgaande dat de voorgestelde regeling in het bijzonder bedoeld is voor Nederlanders van Curaçao zoals blijkt uit de toelichting, komt het feit dat het voorstel ook betrekking heeft op Nederlanders van de andere landen, de Afdeling als niet proportioneel voor. Ten tweede wijst de Afdeling op het ontbreken van inzicht in (de omvang) van het probleem. De in de memorie van toelichting in dit verband gepresenteerde cijfers zijn te ongedifferentieerd. Zij bieden geen inzicht in het aandeel van Nederlanders van elk van de drie landen afzonderlijk in het totaal aan criminaliteit in Nederland. Zij tonen slechts in het algemeen aan dat Nederlanders van de voormalige Nederlandse Antillen oververtegenwoordigd zijn in de criminaliteitscijfers in vergelijking met personen van niet-(Europees) Nederlandse afkomst. Deze vergelijking is in het kader van het gelijkheidsbeginsel en (internationale) discriminatieverboden echter niet relevant.
De Afdeling adviseert het voorstel te heroverwegen. Onverlet deze conclusie maakt de Afdeling opmerkingen over de voorgestelde mogelijkheid van bewaring, de rechtsbescherming daartegen, het voorgestelde registratiesysteem en de tenuitvoerlegging van de straf.

Het advies van de Afdeling om het voorstel te heroverwegen zal niet door initiatiefnemers worden opgevolgd, aangezien zij de bij de Afdeling gerezen twijfels omtrent de voorgestelde terugzendregeling niet delen. Deze twijfels wegen geenszins op tegen het doel van het voorstel: het beschermen van de Nederlandse samenleving tegen overlast en criminaliteit. Ook wordt de door de Afdeling gestelde verhouding van het voorstel tot bestaande regelgeving bestreden.

INHOUDSOPGAVE

Deel A: Algemeen

I. Inhoud voorliggend voorstel/regeringsvoorstel

Het initiatiefwetsvoorstel strekt er – kort gezegd – toe Nederlanders afkomstig van Aruba, Curaçao en Sint Maarten die wegens een misdrijf onherroepelijk zijn veroordeeld en waarbij onder andere een gevangenisstraf, een jeugddetentie of een taakstraf is opgelegd, terug te sturen naar hun land van herkomst binnen het Koninkrijk en hen eventueel een inreisverbod op te leggen.[1] Dit voorstel bouwt voort op het regeringsvoorstel uit 2006 zoals gewijzigd in 2007.[2] Hoewel het onderhavige voorstel in de kern op het regeringsvoorstel lijkt, verschilt (de uitwerking van) de voorgestelde terugzendregeling met dat eerste voorstel. Zo is de voorgestelde bestuurlijke terugzendregeling, anders dan in het regeringsvoorstel, niet beperkt tot een bepaalde leeftijdscategorie.[3] Ook brengt het voorstel geen beperkingen aan in de periode waarin de betrokkenen in Nederland wonen.[4] Het voorstel maakt het aldus mogelijk om iedere Nederlander van Aruba, Curaçao en Sint Maarten die onherroepelijk is veroordeeld,[5] naar zijn land van herkomst terug te sturen, ook al is de betrokkene op leeftijd en zijn hele (volwassen) leven woonachtig geweest in Nederland.[6] Daarbij sluit het voorstel aan op de regeling die in de Vreemdelingenwet 2000 geldt voor vreemdelingen en wordt de daar gehanteerde «glijdende schaal» toegepast:[7] naarmate de betrokkene langer in Nederland verblijft, dient sprake te zijn van een hogere strafmaat om tot beëindiging van rechtmatig verblijf te kunnen overgaan (omgekeerd: hoe korter het verblijf in Nederland hoe geringer de strafmaat die volstaat om de betrokkene terug te zenden). Voorts betreft het onderhavige voorstel een «kale» terugzending, terwijl in het regeringsvoorstel rekening werd gehouden met opvang van de betrokkene in zijn land van herkomst via sociale vormingsplicht of door plaatselijke reclasseringsambtenaren. Tot slot wordt het mogelijk dat verschillende onderdelen van het voorstel op een verschillend moment in werking kunnen treden. Voor alle duidelijkheid wijst de Afdeling erop dat daarbij, gelet op het rechtszekerheidsbeginsel, het verlenen van de terugwerkende kracht aan een dergelijke belastende regeling niet mogelijk is.[8] Dit

---

1 Artikelen 1, 2 en 3 en 4 van het voorstel.

2 Over het oorspronkelijke voorstel adviseerde de Raad van State op 1 september 2006 (nr. W03.06.0156/I). Het advies over het gewijzigde voorstel dateert van 26 januari 2007 (nr. W03.06.0566/I). Beide adviezen zijn gepubliceerd in Kamerstukken II 2006/07, 30 962, nr. 4.

3 In het regeringsvoorstel had de bestuurlijke terugzending betrekking op jongeren van 16 tot 24 jaar. De toentertijd voorgestelde strafrechtelijke terugzendmaatregel was niet aan leeftijd gebonden.

4 In het regeringsvoorstel was de bestuurlijke terugzending alleen mogelijk wanneer de betrokkene niet langer dan drie jaar in Nederland heeft gewoond. In geval van de strafrechtelijke maatregel van terugzending lag de grens op twee jaar.

5 In het regeringsvoorstel volstond het niet voldoen aan bepaalde opleidingseisen en het vertonen van een «evident maatschappelijk ongewenst gedrag» (zich onttrekken aan een overheidsprogramma ter zake van opleiding, arbeidsparticipatie of integratie, of vermoedelijk plegen van strafbare feiten) om aan de jongere een bestuurlijke terugzendmaatregel op te leggen. De toentertijd voorgestelde strafrechtelijke terugzendmaatregel had ook betrekking op onherroepelijke, voorwaardelijke veroordelingen.

6 In het regeringsvoorstel was de terugzending naar het land van herkomst alleen dan mogelijk als de betrokkene nog sterke banden had met het land van herkomst, namelijk als hij daar tenminste tien jaar hoofdverblijf heeft gehad.

7 Zie artikel 3.86 van het Vreemdelingenbesluit 2000.

8 Zie aanwijzing 167 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zoals de Afdeling reeds eerder heeft opgemerkt, mag aan belastende maatregelen, zoals in casu, geen terugwerkende kracht worden gegeven, tenzij bijzondere omstandigheden een afwijking van deze regel rechtvaardigen. Die omstandigheden kunnen worden gevormd door een omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik van een wettelijke voorziening of door aanmerkelijke aankondigingseffecten. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is in dit geval echter geen sprake. Zie o.a. Kamerstukken II 2013/14, 33 957, nr. 4, blz. 9.

betekent dat de terugzendmaatregel alleen zal kunnen worden opgelegd naar aanleiding van nieuwe, nog uit te spreken, onherroepelijke veroordelingen.

Het voorstel van de initiatiefnemers heeft als doel de bescherming van de Nederlandse openbare orde door criminele Antillianen terug te sturen naar hun geboorteland. De beperkingen die zijn voorgesteld in het regeringsvoorstel, zoals een leeftijdscategorie, passen volgens initiatiefnemers niet bij dit streven. Initiatiefnemers willen iedere Antilliaan die onherroepelijk is veroordeeld, terugsturen naar zijn land van herkomst. Daarnaast wordt er in het voorstel aansluiting gezocht bij de glijdende schaal uit het Vreemdelingenbesluit, waarbij leeftijd ook geen relevante factor is.

Ten overvloede merken initiatiefnemers op dat de voorgestelde terugzendregeling uitsluitend betrekking zal hebben op nieuwe onherroepelijke veroordelingen.

II. Juridisch beoordelingskader

Het voorstel houdt een beperking in van het recht van Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten om in Nederland te verblijven. Dit roept de vraag op naar de verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverboden zoals neergelegd in de Grondwet en internationale verdragen. Door het voorgestelde regime worden Nederlanders van de drie landen ten opzichte van overige Nederlanders en ten opzichte van Unieburgers ongelijk behandeld. Nederlanders van de drie genoemde landen worden door de voorgestelde terugzendregeling immers gelijkgesteld met vreemdelingen (derdelanders). De vraag rijst of deze (on)gelijke behandeling gerechtvaardigd is. In het navolgende schetst de Afdeling eerst het juridische kader met betrekking tot het recht op bewegingsvrijheid en daarna het kader over het gelijkheidsbeginsel annex discriminatieverboden. Dit kader is reeds aan de orde geweest in de voorlichting over het initiatiefvoorstel van het lid Bosman die de Afdeling op 2 december 2014 heeft uitgebracht.[9] Voor het toepasselijke juridische kader is het niet van belang dat het onderhavige voorstel een terugzendmaatregel bevat, terwijl het initiatiefvoorstel van het lid Bosman de invoering van een toelatingsregeling tot Nederland tot doel heeft.
Na de schets van het juridische kader volgt een beoordeling van de voorgestelde terugzendregeling in het licht van de (internationale) gelijkheidsgeboden en discriminatieverboden. Daarbij grijpt de Afdeling terug op de motivering van het voorstel in de memorie van toelichting. Zij sluit niet uit dat in een concreet geval aan de rechter wordt voorgelegd of de terugzendregeling, indien deze kracht van wet heeft, verenigbaar is met het (internationale) recht. Het uiteindelijke oordeel daarover is dan uiteraard aan de rechter.

II.1. Het recht op bewegingsvrijheid in internationale verdragen, Unierecht, Statuut en Grondwet

a. Statuut/Grondwet

In het Statuut voor het Koninkrijk is het ongedeelde karakter van de Nederlandse nationaliteit vastgelegd,[10] alsmede de gelijkwaardigheid van de landen. De ongedeelde nationaliteit wil zeggen dat voor de vaststelling van de Nederlandse nationaliteit geen onderscheid wordt gemaakt naar

---

9 Kamerstukken II 2014/15, 33 325, nr. 11.
10 Artikel 3, eerste lid, onder c, van het Statuut: de regeling van de nationaliteit is een koninkrijks-aangelegenheid.

herkomst of binding aan een land van het Koninkrijk. Een nadere uitwerking van het ongedeelde Nederlanderschap in de Grondwet is achterwege gebleven.
Het Statuut bepaalt voorts dat het toezicht op de algemene regelingen inzake toelating en uitzetting een koninkrijksaangelegenheid is.[11] *Dit impliceert dat de regeling van de toelating en uitzetting zelf een aangelegenheid is van de landen.*[12] *Gelet hierop sluit het Statuut het bestaan van toelatings- en uitzettingsregelingen in het Koninkrijk niet uit.*
In de Grondwet is geen bepaling opgenomen over het recht op bewegingsvrijheid (verplaatsingsvrijheid). Met het oog op de bestaande toelatings-/uitzettingsregeling toentertijd op de Antillen werd het niet wenselijk geacht om een bepaling op te nemen waarin is vastgelegd dat alle Nederlanders zich vrijelijk mogen vestigen in alle landen van het Koninkrijk. Bovendien, zo blijkt uit de grondwetsgeschiedenis, wilde de grondwetgever niet elke mogelijkheid van het stellen van toelatings-/uitzettingsregels voor Caribische Nederlanders voor de toekomst uitsluiten. Daarbij werd wel benadrukt dat de ruimte die de wetgever heeft om een dergelijke regeling te maken begrensd is: de wetgever «zal zich er stellig rekenschap van moeten geven of de situatie een toelatingsregeling rechtvaardigt en of de te bereiken doeleinden niet langs andere, betere weg kunnen worden bereikt. Tevens zal de wetgever erop moeten toezien dat de toelatingsregeling niet discriminatoir is of anderszins grondrechten ongeoorloofd beperkt».[13]

b. Europese rechtsorde

Zoals de Afdeling reeds eerder heeft geconstateerd, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) in het arrest Eman en Sevinger bevestigd dat Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten als gevolg van de keuze voor ongedeeld Nederlanderschap aangemerkt moeten worden als Unieburgers.[14] *Het feit dat zij woonachtig zijn in een gebied dat behoort tot de Landen en Gebieden Overzee (LGO's),*[15] *doet daaraan niet af. Het Hof verklaarde in dit arrest dat deze Nederlanders zich kunnen beroepen op de in het tweede deel van het toenmalige EG-verdrag aan Unieburgers toegekende rechten. Daaronder viel destijds (onder meer) artikel 18 EG, thans artikel 21 VWEU inzake het recht om vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de EU-verdragen en de bepalingen die ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld, zijn gemaakt.*[16] *Dit recht is nader uitgewerkt in Richtlijn 2004/38/EG (hierna: de richtlijn).*[17] *Volgens de huidige stand van de rechtspraak van het Hof ontlenen Unieburgers alleen rechten aan deze richtlijn, indien sprake is van een grensoverschrijdend element (zie ook hierna). Volgens vaste rechtspraak van het Hof strekt de richtlijn er enkel toe de voorwaarden voor verblijf en binnenkomst te regelen in andere lidstaten dan waarvan de Unieburger de nationaliteit heeft, aangezien volgens internationaal*

---

[11] Artikel 3, eerste lid, onder f, van het Statuut.
[12] Blijkens de Officiële toelichting op het Statuut.
[13] Kamerstukken II 1976/77, 14 200, nr. 3, blz. 5.
[14] HvJ EU 12 september 2006, zaak C-300/04. In dit arrest ging het om het uitoefenen van het kiesrecht voor het *Europese parlement*. Dit recht geldt voor alle Unieburgers, maar de lidstaten mogen daarbij voorwaarden stellen, mits zij het beginsel van gelijke behandeling in acht nemen. Zie Kamerstukken 2014/15, 33 325, nr. 11, blz. 5 e.v.
[15] Als bedoeld in artikel 355, tweede lid, van het VWEU.
[16] Artikel 21, eerste lid, van het VWEU.
[17] Richtlijn 2004/38/EG van het Europees parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG.

recht een staat zijn eigen staatsburgers niet het recht mag ontzeggen het grondgebied binnen te komen.[18]

Dit betekent dat – ook al zijn zij Unieburgers – Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten geen beroep kunnen doen op het EU-recht indien zij vanuit deze landen van het Koninkrijk rechtstreeks naar Nederland reizen of, hetgeen relevant is voor het onderhavige voorstel, wanneer zij op grond van de voorgestelde terugzendregeling vanuit Nederland naar Aruba, Curaçao of Sint Maarten worden teruggezonden. De voorgestelde terugzendregeling betreft een interne situatie waarop artikel 21 VWEU, zoals uitgewerkt in de richtlijn, niet van toepassing is, omdat er geen sprake is van een grensoverschrijdend element.

Met betrekking tot het inreisverbod kan door Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten slechts in twee gevallen een beroep worden gedaan op de richtlijn.

In de eerste plaats is de richtlijn op hen van toepassing en hebben zij (afgeleide) rechten van inreis en verblijf onder de voorwaarden van de richtlijn, indien zij als familielid van een Unieburger met de nationaliteit van een andere lidstaat vanuit een andere lidstaat naar Nederland reizen.[19]

In de tweede plaats kunnen (familieleden van) Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten onder omstandigheden een beroep doen op Europees recht tegenover de lidstaat Nederland.[20] *Daarbij mag in ieder geval geen sprake zijn van misbruik van het Europees recht.*[21]

De (analoge) toepasselijkheid van de richtlijn in deze twee situaties betekent dat de betrokkene bij inreis in Nederland vanuit een andere lidstaat op dezelfde wijze moet worden behandeld als wanneer Unieburgers naar andere lidstaten reizen op de voet van de richtlijn. In dat geval kan de toegang tot Nederland alleen op grond van het Europeesrechtelijke openbare orde criterium worden geweigerd. Dit openbare orde criterium is strikter en dus gunstiger voor de betrokkene dan de voorgestelde glijdende schaal.[22] *Het voorstel zal aldus wat dit betreft niet effectief zijn ten opzichte van personen die zich onder de hiervoor genoemde omstandigheden op het EU recht en in het bijzonder op Richtlijn 2004/38/EG kunnen beroepen. Tegelijkertijd dient dit gebrek aan effectiviteit te worden gerelativeerd, omdat de betrokkene, na binnenkomst in Nederland via een andere lidstaat, eventueel weer onderworpen kan worden aan de terugzendregeling. Naar de huidige stand van de*

---

[18] Arrest *Shirley McCarthy*, HvJ EU 5 mei 2011, zaak C-434/09, punten 29 en 34 en arrest *O en B*, HvJ EU (Grote Kamer) 12 maart 2014, zaak C-456/12, punt 42. In het recente arrest *McCarthy*, HvJ EU (Grote Kamer) 18 december 2014, zaak C-202/13 heeft het Hof in deze rechtspraak geen verandering gebracht, ondanks een uitdrukkelijke uitnodiging van de AG daartoe.

[19] Artikel 5 (inreisrecht), 6 (verblijfsrecht voor maximaal drie maanden) en 7 (verblijfsrecht voor meer dan drie maanden) van de richtlijn.

[20] Zie ook de voorlichting over het voorstel van het lid Bosman, Kamerstukken II 2014/15, 33 325, nr. 11, blz. 5–6 en 21. Het gaat dan om een analoge toepassing van de richtlijn op (familieleden van) een Nederlander die na uitoefening van vrij verkeer in een andere lidstaat terugkeert naar Nederland (arrest *Singh*, HvJ EG 7 juli 1992, zaak C-370/90, arrest *Eind*, HvJ EG 11 december 2007, zaak C-291/05, arrest *O en B*, HvJ EU (Grote Kamer) 12 maart 2014, zaak C-456/12). Ook is in uitzonderlijke gevallen denkbaar dat een afgeleid verblijfsrecht voor een familielid wordt ontleend aan de uitoefening van vrij verkeer van werknemers of diensten door een Unieburger vanuit de eigen lidstaat (arrest *S. en G.*, HvJ EU 12 maart 2014, zaak C-457/12).

[21] Artikel 35 van de richtlijn.

[22] Het verblijfsrecht van Unieburgers in een andere lidstaat kan aan beperkingen worden onderworpen om redenen van de openbare orde (artikel 27, eerste lid, van de richtlijn). Strafrechtelijke veroordelingen vormen als zodanig geen reden om het verblijfsrecht te beperken. De beoordeling of sprake is van redenen van openbare orde dient uitsluitend te zijn gebaseerd op het gedrag van de betrokkene. Dit gedrag moet een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormen (artikel 27, tweede lid, van de richtlijn). Voor verwijdering van Unieburgers die een duurzaam verblijf genieten gelden nog strengere eisen: er moet sprake zijn van «ernstige redenen van openbare orde of openbare veiligheid» (artikel 38, tweede lid, van de richtlijn).

rechtspraak heeft een dergelijke regeling, zoals hiervoor gesteld, een intern karakter en is het EU recht daarop niet van toepassing.

c. Internationale verdragen

Een terugzendregeling betekent een beperking van de bewegingsvrijheid in de zin van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)[23] *en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).*[24] *In beide verdragen is het recht vastgelegd voor personen die zich wettig op het grondgebied bevinden om zich vrijelijk te verplaatsen en vrijelijk verblijfplaats te kiezen. Omdat bij de opstelling van het Statuut voor het Koninkrijk (zie hierna) is gekozen voor het ongedeeld Nederlanderschap, zou met een beroep op het recht op bewegingsvrijheid, zoals dat door de genoemde verdragen wordt beschermd, kunnen worden verdedigd dat iedereen die het Nederlanderschap bezit zich vrijelijk mag vestigen – waar ook in het Koninkrijk. Zoals de Afdeling reeds eerder heeft beschreven*[25] *is door het gemaakte voorbehoud bij het IVBPR en de interpretatieve verklaring bij het EVRM internationaalrechtelijk bewerkstelligd dat het Rijk in Europa en de (toenmalige) Nederlandse Antillen binnen het Koninkrijk worden aangemerkt als afzonderlijke grondgebieden. De Afdeling wijst erop dat zowel het voorbehoud als de interpretatieve verklaring door Nederland zijn gemaakt met als doel de voor de Nederlandse Antillen geldende regelingen «toelating en uitzetting» te handhaven.*[26] *Dit werd «voor het economisch en sociaal welzijn van het land onontbeerlijk [...] geacht».*[27] *De regering erkende weliswaar dat het aanmerken van de Nederlandse Antillen en Nederland als afzonderlijke landen geen beletsel zou zijn voor een regeling waarbij de toelating tot Nederland van de Antilliaanse Nederlanders wordt beperkt. Het kabinet had «zulk een regeling echter niet in overweging».*[28] *Na de herstructurering van het Koninkrijk op 10 oktober 2010 zijn de teksten van het voorbehoud en de verklaring aangepast aan de nieuwe situatie, maar dat heeft inhoudelijk niet tot wijzigingen geleid.*

II.2. Gelijke behandelingstoets

In het voorgaande is geconstateerd dat voor de regulering van de vestiging in een land binnen het Koninkrijk bewust ruimte is gelaten of gecreëerd in de Grondwet, het Statuut en in het internationale recht. Daarbij moet worden vastgesteld dat dit voornamelijk geschiedde met het oog op de reeds voor de Antillen bestaande regelingen. Toelatingsregelingen daar werden noodzakelijk geacht vanwege het economisch welzijn, de sociaaleconomische omstandigheden en de absorptiecapaciteit van de eilanden, die wezenlijk verschillen van die van het land Nederland. De ruimte die het land Nederland heeft om aan Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten toelatingsvoorwaarden te stellen, is daarom niet bij voorbaat dezelfde als die van de andere landen van het Koninkrijk.[29]

---

[23] Artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM. Artikel 3, tweede lid, van het Vierde Protocol voegt daar aan toe dat niemand mag het recht worden ontnomen het grondgebied te betreden van de Staat, waarvan hij een onderdaan is.

[24] Artikel 12 van het IVBPR.

[25] Advies van 10 oktober 2012, Kamerstukken II 2012/13, 33 325 nr. 4 onder punt 3 (oorspronkelijk initiatiefvoorstel Bosman) en van 1 september 2006, Kamerstukken II 2006/2007, 30 962, nr. 4, bijlage II (oorspronkelijk regeringsvoorstel).

[26] De Afdeling merkt overigens op dat de toelatingsregelingen destijds door de Nederlandse wetgever zijn gemaakt ten behoeve van de (toenmalige) Nederlandse Antillen reeds voordat het Statuut tot stand werd gebracht.

[27] Kamerstukken II 1975/76, 13 932 (R 1037), nrs. 1–6, blz. 24.

[28] Kamerstukken II 1978/79, 15 396 (R 1110), nrs. 1–3, blz. 8.

[29] Kamerstukken II 1976/77, 14 200, nr. 3, blz. 6.

Die ruimte wordt met name genormeerd door artikel 1 van de Grondwet en bepalingen van internationale verdragen die de gelijkheidsgeboden annex discriminatieverboden behelzen. De Afdeling merkt hierbij op dat de bescherming die de Grondwet op dit punt biedt vrijwel overeenkomt met de bescherming die de internationale gelijkheidsnormen bieden en dat de Grondwet geen verdergaande bescherming biedt dan de internationale gelijkheidsnormen.

Om te kunnen beoordelen of de hier aan de orde zijnde terugzendregeling verenigbaar is met de gelijkheidsnormen hanteert de Afdeling de volgende gelijke behandelingstoets:[30]

1. De vergelijkingstoets
Wordt onderscheid gemaakt en zo ja, jegens wie?
Is sprake van vergelijkbare gevallen?
2. Onderscheidingsgronden
Op welke grond(en) wordt onderscheid gemaakt?
3. De rechtvaardigingstoets
Bestaat er een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling:

a) *is sprake van een gerechtvaardigd (legitiem) doel;*
b) *is het middel geschikt en noodzakelijk om dit doel te bereiken en bestaat er een redelijke verhouding tussen doel en middel (proportionaliteit)?*

Voor de vergelijkingstoets moet allereerst worden vastgesteld hoe de groep personen waar het voorstel op ziet wordt omschreven en ten opzichte van welke andere groep(en) die groep verschillend wordt behandeld (1). Vervolgens is van belang om vast te stellen op basis van welke grond onderscheid wordt gemaakt (2). Bij de laatste stap (3), de objectieve rechtvaardiging, wordt bezien of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is en dus toegestaan.
Bij de objectieve rechtvaardiging is van belang op welke grond(en) onderscheid wordt gemaakt. Er bestaat namelijk een verschil tussen gronden die in de onderscheiden regelingen met name worden genoemd (benoemde) en die waarbij dat niet het geval is (onbenoemde gronden).[31] *Sommige van de «benoemde» gronden zijn in de rechtspraak aangemerkt als (op voorhand) «verdachte» gronden, zoals ras of geslacht.*[32] *Bij gronden die in de rechtspraak als «verdacht» worden aangemerkt, wordt dan ook een zwaardere rechtvaardiging vereist dan bij de zogenoemde «onverdachte» gronden. Tot slot verdient nog vermelding dat bij bepaalde («verdachte») gronden, zoals ras en etniciteit, het onderscheid niet is toegestaan (dus ook niet kan worden gerechtvaardigd) als dat uitsluitend of in overwegende mate op die gronden is gebaseerd. Is dat niet het geval en zijn er andere overwegingen voor het onderscheid, dan kan het onderscheid alleen maar door de beugel als daarvoor zeer zwaarwegende redenen zijn. In de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt dat de very weighty reasons-test genoemd.*[33] *De gronden «nationale afkomst» en «geboorte» zijn niet alleen benoemde maar ook, naar mag worden aangenomen, «verdachte» onderscheidingsgronden vanwege het feit dat men van deze eigenschap geen afstand kan*

[30] Deze gelijke behandelingstoets is ontleend aan de rechtspraak van het EHRM, zie J.H. Gerards, *Commentaar op artikel 14*, in: *SDU-Commentaar EVRM, Deel 1 – Materiële bepalingen,* Den Haag: SDU Uitgevers 2013, onderdeel C.2.1.
[31] Onbenoemde gronden worden in de betreffende regelingen aangemerkt als categorie «andere status» of met de aanduiding «welke grond ook».
[32] Dat houdt verband met het feit dat het zodanig met de persoon verweven kenmerken zijn, dat de betrokkene daarvan geen afstand kan doen of dit niet van hem kan worden gevergd.
[33] *Gaygusuz t. Oostenrijk*, EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90, paragraaf 42.

doen.[34] Dit betekent niet dat er in het geheel geen onderscheid mag worden gemaakt op deze gronden, maar wel dat zwaarwegende redenen moeten worden aangedragen om dit onderscheid te kunnen rechtvaardigen.

Zoals de Afdeling bevestigt is de voorgestelde terugzendregeling niet in strijd met het Statuut voor het Koninkrijk. Het staat Nederland vrij regels te stellen omtrent de uitzetting van criminele Antillianen. Ook het EU-recht staat niet in de weg aan het terugsturen van criminele Antillianen naar hun geboorteland.
De initiatiefnemers gaan verderop in hun reactie in op de opmerkingen die de Afdeling maakt over de (on)verenigbaarheid van de terugzendregeling en het beginsel van gelijke behandeling.

Deel B: Het advies

I. De voorgestelde terugzendregeling en gelijke behandeling

De Afdeling merkt op dat in de toelichting geen aandacht is besteed aan de vraag of het voorstel verenigbaar is met de (internationale) gelijkheidsgeboden annex discriminatieverboden. In het navolgende gaat de Afdeling in op de elementen van de gelijke behandelingstoets zoals hiervoor weergegeven en betrekt daarbij de argumenten die in de toelichting zijn aangedragen.

a. Verschil in behandeling

De eerste vraag is of met de voorgestelde terugzendregeling onderscheid wordt gemaakt en zo ja, tussen welke groepen personen. Het antwoord op deze vraag is van belang om te kunnen vaststellen of van benadeling sprake is zodat het gelijkheidsbeginsel van toepassing is. Er zijn drie relevante groepen denkbaar met wie de Nederlanders afkomstig uit Aruba, Curaçao en Sint Maarten kunnen worden vergeleken. Allereerst zijn dat andere Nederlanders. Een vergelijking met deze groep ligt voor de hand in verband met het ongedeelde Nederlanderschap. Vervolgens kunnen dat de Unieburgers uit andere lidstaten en hun familieleden zijn, voor zover zij rechten ontlenen aan het Unierecht. Tot slot kunnen dat de overige vreemdelingen zijn (derdelanders) die een zwakker verblijfsrecht hebben dan de eerste twee groepen.

Het voorstel brengt met zich dat een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling waarbij een straf is opgelegd een reden kan zijn om Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten terug te zenden naar hun land van herkomst, terwijl dit niet mogelijk is ten aanzien van Nederlanders die buiten het Koninkrijk zijn geboren en die (in ieder geval wanneer zij naast de Nederlandse nationaliteit de nationaliteit van het geboorteland hebben) ook teruggezonden zouden kunnen worden naar dat andere land. In dit opzicht worden Nederlanders uit de drie genoemde landen dus ongunstiger behandeld.

De personen op wie het voorstel ziet worden ook ongunstiger behandeld ten opzichte van Unieburgers uit andere EU-lidstaten. Unieburgers kunnen namelijk alleen onder zeer stringente Unierechtelijke openbare-orde criteria uitgezet worden.[35] Deze criteria zijn strikter dan de voorgestelde «glijdende schaal».

[34] Duidelijke uitspraken die daarop wijzen zijn er niet, maar gelet op de sterke verwevenheid met (onveranderlijke) persoonskenmerken is aannemelijk dat deze gronden (zullen) worden aangemerkt als «verdacht».
[35] Zie artikel 27 en 28 van Richtlijn 2004/38/EG.

Nederlanders afkomstig van de drie landen worden overigens voor de toepassing van de voorgestelde terugzendregeling gelijkgesteld met vreemdelingen uit derde landen. Het voorstel volgt immers grotendeels het vreemdelingenrechtelijke regime. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat wanneer ongelijke gevallen gelijk behandeld worden er ook sprake kan zijn van een verboden onderscheid.[36]

b. Gronden voor verschil in behandeling

De voorgestelde terugzendregeling is van toepassing op Nederlanders die geboren zijn in Aruba, Curaçao en Sint Maarten of die daar zijn genaturaliseerd.[37] *Dit betekent, zoals de Afdeling reeds eerder in dat kader heeft geconstateerd, dat het voorstel een direct onderscheid maakt naar nationale afstamming of afkomst, in de betekenis van de onderscheidingsgrond national or social origin genoemd in het IVBPR en het EVRM. Zoals de Afdeling recentelijk in de voorlichting over het initiatiefvoorstel Bosman heeft aangegeven, is het onderscheid op grond van de «nationale afkomst» alleen dan gerechtvaardigd, wanneer daarvoor zwaarwegende redenen aanwezig zijn. Het is aan de wetgever om deze zwaarwegende redenen aan te dragen.*[38] *Indien ervan zou worden uitgegaan dat tevens sprake is van onderscheid naar ras of etniciteit in het kader van het EVRM en IVBPR, heeft de Afdeling in dezelfde voorlichting reeds opgemerkt dat het onderscheid naar ras in de juridische zin niet samenvalt met het onderscheid naar nationale afkomst. Dit lijkt anders wat betreft het Internationale verdrag inzake uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR), omdat daarin, volgens de definitiebepaling, ook onderscheid naar afkomst of nationale afstamming als een vorm van onderscheid naar ras wordt gezien. Gelet op de uitleg die het Rassendiscriminatiecomité aan dit verdrag geeft, heeft de Afdeling echter verondersteld dat het IVUR ten opzichte van het EVRM op dit punt niet wezenlijk anders wordt geïnterpreteerd. Wat etniciteit betreft, heeft het EHRM geoordeeld dat deze grond nauw verbonden is met het begrip ras. Deze gronden zijn zeer verdacht en kunnen daarom moeilijk worden gerechtvaardigd.*[39]

c. Rechtvaardiging van het verschil in behandeling

De Afdeling merkt op dat het onderhavige voorstel, na het regeringsvoorstel en het initiatiefvoorstel van het lid Bosman, een derde voorstel is dat ertoe strekt het recht van Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten om vrij naar Nederland te reizen en in Nederland te verblijven te beperken. Over de eerste twee voorstellen was de Afdeling kritisch. Deze kritische houding volgt uit het strenge beoordelingskader dat op grond van het (internationale) recht geldt wanneer een regeling een onderscheid maakt naar nationale afkomst. Indien en voor zover met de voorgestelde regeling al zou kunnen worden aangenomen dat sprake is van onderscheid naar etniciteit of ras, dan is de rechtvaardigingstoets nog zwaarder dan bij onderscheid naar nationale afkomst. Ieder nieuw voorstel op dit terrein kan dus juridisch kwetsbaar zijn: er zullen zwaarwegende rechtvaardigingsgronden moeten worden aangedragen om aan de strikte beoordelingseisen te kunnen voldoen.

---

[36] Zie *Thlimmenos t. Griekenland*, EHRM (Grote Kamer) 6 april 2000, nr. 34369/97, paragraaf 44.
[37] Artikel 1, eerste lid, van het voorstel.
[38] Kamerstukken II 2014/15, 33 325, nr. 11, blz. 11.
[39] Kamerstukken II 2014/15, 33 325, nr. 11, blz. 11 en 12.

Hieronder gaat de Afdeling in op de vraag of het verschil in behandeling gerechtvaardigd is. Daarbij gaat zij in op de argumenten uit de toelichting en wijst op de kwetsbaarheden van het voorstel in het licht van de rechtvaardigingstoets. Tot slot trekt zij de conclusie dat, gelet op hetgeen in de toelichting is vermeld, vooralsnog niet is gebleken van de vereiste zwaarwegende motivering die een toelatings- of uitzettingsregeling juridisch kan rechtvaardigen. De Afdeling sluit dan ook af met de eindconclusie dat er sterke twijfels bestaan of de voorgestelde terugzendregeling een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel is en, als gevolg daarvan, of het onderscheid naar nationale afkomst dat de voorgestelde regeling maakt gerechtvaardigd kan worden. De Afdeling adviseert daarom het voorstel te heroverwegen.

– Geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit van het middel

Het doel van de voorgestelde terugzendregeling is, naar de Afdeling begrijpt uit de toelichting, de bescherming van de Nederlandse openbare orde. De Afdeling merkt op dat dit doel in het kader van gelijkheidsnormen en discriminatieverboden als legitiem doel kan worden aangemerkt. Hierna gaat de Afdeling in op de argumenten uit de toelichting. Deze worden beoordeeld in het kader van de vraag of de voorgestelde regeling geschikt, noodzakelijk en proportioneel is om het doel (bescherming van de openbare orde) te bereiken.

i. Reikwijdte van het voorstel

Het voorstel strekt zich in gelijke zin uit tot Nederlanders van zowel Aruba, Curaçao als Sint Maarten. In de memorie van toelichting wordt deze keuze gemotiveerd met de stelling dat «Antillianen in Nederland sterk [zijn] oververtegenwoordigd in de criminaliteitsstatistieken».[40] *Vervolgens stelt de toelichting dat «deze criminaliteit volgens onderzoek vrijwel volledig voor rekening [komt] van personen afkomstig van Curaçao (...)»,*[41] *hetgeen in de toelichting in grote mate wordt geïllustreerd aan de hand van de voorbeelden over jongeren van Curaçao. Ervan uitgaande dat de voorgestelde regeling in het bijzonder bedoeld is voor Nederlanders van Curaçao, komt het feit dat deze volgens de tekst van het voorstel ook betrekking heeft op Nederlanders van Aruba en Sint Maarten, in het licht van de zware rechtvaardigingstoets de Afdeling als niet proportioneel voor. Overigens merkt de Afdeling op dat ook als de voorgestelde regeling beperkt zou zijn tot Nederlanders van Curaçao, dan nog aan de eis van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit dient te worden voldaan en de overige hier naar voren gebrachte bezwaren gelden.*

ii. Bescherming Nederlandse openbare orde

Evenals in de voorlichting over het initiatiefvoorstel van het lid Bosman,[42] *wijst de Afdeling op het ontbreken van inzicht in het probleem in het licht van de rechtvaardigingstoets. De in de memorie van toelichting aangedragen cijfers zijn te ongedifferentieerd om als zwaarwegende rechtvaardiging voor het onderscheid naar nationale afkomst te kunnen gelden. Ten eerste zijn de cijfers niet gepreciseerd naar herkomst, zodat ze geen inzicht geven in het aandeel dat Arubanen, Curaçaoënaars of Sint Maartenaren afzonderlijk hebben in de criminaliteit. Aangezien het hier drie afzonderlijke landen betreft, is dit wel noodzakelijk. Bij het cijfermate-*

[40] Memorie van toelichting, paragraaf 2.
[41] Memorie van toelichting, paragraaf 2.
[42] Kamerstukken II 2014/15, 33 325, nr. 11, blz. 19–20.

riaal worden overigens onder «Antillianen» ook de Nederlanders van de BES-eilanden gerekend.[43]

In de tweede plaats geven de cijfers geen inzicht in het aandeel van Nederlanders van elk van de drie landen in het totaal aan criminaliteit. Dit is van belang om vast te kunnen stellen of sprake is van een zodanig ernstige aantasting van de openbare orde dat een terugzendregeling waarbij een onderscheid naar nationale afkomst wordt gemaakt, kan worden gerechtvaardigd. De cijfers geven aan dat bij de Antilliaanse gemeenschap, in vergelijking met andere groepen inwoners met niet-westerse afkomst, sprake is van een hardnekkige problematiek die serieuze aandacht behoeft en om een oplossing vraagt. Zo blijkt uit de cijfers van de Dienst Justitiële Inrichtingen waarnaar in de toelichting onder andere wordt verwezen, dat Nederlanders van de voormalige Nederlandse Antillen in 2012 de grootste groep vormden in de groep gedetineerden met niet-(Europees) Nederlandse afkomst. Dit geldt ook voor de jaarlijkse instroom van gedetineerden: Nederlanders van de voormalige Nederlandse Antillen maakten het grootste aandeel uit van alle niet in Nederland geboren groepen instromers.[44] *Ook de daarbij genoemde cijfers zijn hoog wanneer ze afgezet worden tegen andere groepen personen met niet-(Europees) Nederlandse afkomst. De in de toelichting vermelde cijfers van gedetineerden en de instroom van gedetineerden zijn echter niet relevant in het kader van de beoordeling van het voorstel in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de (internationale) discriminatieverboden. In dat kader gaat het niet om de vraag hoe groot de groep is ten opzichte van andere groepen personen met niet-(Europees)Nederlandse afkomst die in Nederland problemen veroorzaken. Zoals hiervoor gesteld, is gelet op het doel van het voorstel, namelijk bescherming van de Nederlandse openbare orde, van belang het aandeel van Nederlanders in het totaal aan criminaliteit in Nederland met een precisering naar elk van de drie landen. Hoe groot dit aandeel per land is, blijkt niet uit de toelichting.*
Tot slot kan uit de cijfermatige informatie omtrent «verdachten» waarnaar in de toelichting ook wordt verwezen, niet worden afgeleid of deze personen daadwerkelijk door de rechter schuldig zijn bevonden aan strafbare feiten.

Gelet op het ontbreken in de toelichting van inzicht in het aandeel van Nederlanders van elk van de drie genoemde landen in het totaal aan criminaliteit in Nederland waaruit zou blijken dat sprake is van een ernstige aantasting van de openbare orde, kan ook om die reden moeilijk worden geconcludeerd dat de voorgestelde terugzendregeling een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel is om het doel, namelijk de bescherming van Nederlandse openbare orde te bereiken.

d. Eindconclusie

Het voorstel maakt een onderscheid naar nationale afkomst waarbij Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten enerzijds en andere Nederlanders anderzijds ongelijk worden behandeld. Tevens is sprake van een ongunstiger behandeling van Nederlanders van de drie genoemde landen ten opzichte van Unieburgers. Gelet op het in de toelichting aangevoerde, leidt hetgeen hiervoor onder c is vermeld ertoe dat er sterke twijfels bestaan of de voorgestelde terugzendregeling en het onderscheid naar nationale afkomst dat daarmee wordt gemaakt in het licht van de zware rechtvaardigingseisen gerechtvaardigd kan worden. Indien al zou

---

[43] Zie het Jaarrapport Integratie 2012 van het Centraal Bureau voor de Statistiek, blz. 28 waarnaar in de toelichting wordt verwezen.
[44] Memorie van toelichting, paragraaf 2.

kunnen worden aangenomen dat sprake is van onderscheid naar ras of etniciteit geldt dit te meer, omdat in dat geval ingevolge de jurisprudentie van het EHRM nog zwaardere eisen worden gesteld aan de objectieve rechtvaardiging dan bij de grond nationale afkomst. De Afdeling adviseert om het voorstel te heroverwegen.

Bij de Afdeling bestaan er twijfels omtrent de gerechtvaardigdheid van de voorgestelde terugzendregeling en het onderscheid naar nationale afkomst dat daarmee wordt gemaakt.

In reactie hierop willen de initiatiefnemers allereerst opmerken dat een onderscheid op grond van geboorteland inherent is aan een terugzendregeling binnen het Koninkrijk. Binnen de landen van het Koninkrijk wordt namelijk geen onderscheid gemaakt naar nationaliteit, maar hebben we wel te maken met inwoners van vier verschillende landen. Het betreft dus geen gelijke gevallen. Dit onderscheid wordt overigens ook door onder meer het land Curaçao gemaakt. Ook Curaçao kent de mogelijkheid om op grond van het openbare orde-criterium «Europese» Nederlanders terug te sturen naar het land van herkomst wanneer hun gedrag daar aanleiding toe geeft. De Afdeling gaat hier in haar advies volledig aan voorbij.

Zoals de initiatiefnemers eerder hebben aangegeven is het doel van het voorstel de bescherming van de Nederlandse openbare orde. Een precisering naar herkomst om inzage te krijgen in het aandeel dat Curaçaoënaars, Arubanen of Sint-Maartenaren afzonderlijk hebben in criminaliteit is volgens initiatiefnemers niet te maken en overigens ook niet noodzakelijk. Feit is dat de problemen onder Antillianen in Nederland groot zijn, zoals blijkt uit de toelichting bij het initiatiefvoorstel. Deze problemen vereisen volgens initiatiefnemers een eenduidige aanpak waarbij het niet van belang is uit welk van de drie landen de Antillianen afkomstig zijn. Immers zolang de in Nederland woonachtige Antillianen geen strafbare feiten plegen worden zij ook niet teruggestuurd naar Curaçao, Aruba of Sint Maarten.

II. Overige opmerkingen

Onverminderd het voorgaande maakt de Afdeling opmerkingen over de voorgestelde bewaring, over de verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens van de betrokkenen en over de tenuitvoerlegging van de straf.

II.1. Bewaring: ultimum remedium-karakter en rechtsbescherming

Ingevolge het voorstel wordt de persoon ten aanzien van wie een besluit tot terugzending is genomen, met het oog op die terugzending voor ten hoogste twee weken in bewaring gesteld dan wel op een andere wijze in zijn vrijheid van beweging beperkt.[45] Tegen een maatregel strekkende tot inbewaringstelling kan bezwaar worden gemaakt en kan vervolgens een beroep op de bestuursrechter worden ingesteld.[46] Dit is de reguliere bestuursrechtelijke rechtsgang. Verder wordt bepaald dat, indien een beroep bij de bestuursrechter wordt ingesteld, de rechtbank onmiddellijk het tijdstip van het onderzoek ter zitting bepaalt en uitspraak doet binnen zeven dagen na de sluiting van het onderzoek. De wijze waarop de rechtsbescherming tegen bewaring is geregeld dient ertoe om de snelle afhandeling van een beroep tegen de bewaring te bevorderen, aldus de toelichting.[47]

---

[45] Artikel 3, vijfde lid, van het voorstel.
[46] Artikel 5, eerste lid, van het voorstel. Daarin wordt abusievelijk verwezen naar het eerste lid van artikel 8:1 van de Awb (dat artikellid bestaat niet meer).
[47] Memorie van toelichting, Artikelsgewijs, Artikel 5.

De Afdeling merkt op dat het voorstel, zo ook de regels omtrent de inbewaringstelling, is gebaseerd op het regime dat voor vreemdelingen is opgenomen in de Vreemdelingenwet 2000. Anders dan in de Vreemdelingenwet 2000, is echter een aantal cruciale waarborgen dat wel voor vreemdelingen in een vergelijkbare situatie geldt niet opgenomen in het onderhavige voorstel.

De Afdeling wijst er ten eerste op dat de maatregel van inbewaringstelling in het vreemdelingenrecht, vanwege het ingrijpende karakter ervan, als ultimum remedium geldt. Dit betekent dat de betrokkene slechts dan in bewaring mag worden gesteld wanneer met een lichter middel (bijv. een meldplicht) niet kan worden volstaan om te voorkomen dat de betrokkene zich aan zijn uitzetting onttrekt.[48] *In het voorstel komt het ultimum remedium-karakter van de maatregel van bewaring naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende tot uitdrukking. De wettekst maakt het weliswaar mogelijk dat in plaats van de maatregel van bewaring andere vrijheidsbeperkende maatregelen worden opgelegd («dan wel op andere wijze in zijn vrijheid van beweging beperkt»), maar het eerste gedeelte van de voorgestelde formulering («de persoon (...) wordt (...) in bewaring gesteld») is imperatief geformuleerd. Daar komt bij dat de formulering «dan wel» uit lijkt te gaan van nevenschikking terwijl dit zich moeilijk verdraagt met het ultimum remedium karakter van de bewaring.*

Voorts wijst de Afdeling erop dat de beoogde versnelling van de procedure tegen de bewaring, waartoe wordt voorgesteld dat de rechtbank onmiddellijk het tijdstip van het onderzoek ter zitting bepaalt en binnen zeven dagen na de sluiting van het onderzoek uitspraak doet, grotendeels teniet wordt gedaan doordat de reguliere bestuursrechtelijke procedure met de bezwaarfase en de daarbij behorende termijnen wordt toegepast. Deze reguliere procedure houdt concreet in dat de betrokkene zes weken de tijd heeft om tegen de bewaringsmaatregel bezwaar te maken (terwijl volgens het voorstel de bewaring maximaal twee weken kan duren), het bestuursorgaan in beginsel de termijn van zes weken heeft om daarop te beslissen en de betrokkene weer zes weken heeft om daartegen beroep bij de rechter in te stellen. Hieruit volgt dat de voorgestelde procedure achttien weken kan duren voordat de fase bij de rechter kan aanvangen. Dit verdraagt zich slecht met het beginsel van «speedy trial» van artikel 5, vierde lid, van het EVRM, inhoudende dat de betrokkene recht heeft op een snel oordeel omtrent de rechtmatigheid van zijn gevangenhouding. Juist om de snelheid bij het oordeel over de rechtmatigheid van de bewaring te bevorderen valt een beroep tegen de maatregel van bewaring in het vreemdelingenrecht thans, in de vigerende regelgeving, onder de regeling van rechtstreeks beroep bij de rechter. De fase van bezwaar wordt dus overgeslagen.[49] *Het is tot slot de vraag waarom in het voorstel alleen een maatregel van inbewaringstelling met een besluit wordt gelijkgesteld waartegen de betrokkene in rechte kan opkomen, terwijl, anders dan in het vreemdelingenrecht,*[50] *deze gelijkstelling niet geldt voor de andere vrijheidsbeperkende maatregelen die in*

---

[48] Thans ligt een wetsvoorstel in de Tweede Kamer waarin het ultimum remedium van de maatregel van bewaring in de wettekst tot uitdrukking is gebracht. Zie artikel 59c van het voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van Richtlijn 2013/32/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (PbEU 2013, L 180) en Richtlijn 2013/33/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (PbEU 2013, L 180). Zie ook het arrest van het Hof van Justitie van de EU van 5 juni 2014, zaak C-146/14 PPU, Mahdi, ECLI:EU:C:2014:1320.

[49] Zie bijlage 1 van de Algemene wet bestuursrecht waarin een beroep tegen een bewaringsmaatregel uitgezonderd is van de verplichte bezwaarfase.

[50] Zie artikel 93, eerste lid, van de Vw 2000.

plaats van bewaring volgens het voorstel kunnen worden opgelegd.[51] *Tegen die maatregelen kan de betrokkene volgens het voorstel niet opkomen. Ook ontbreekt in het voorstel een bepaling die regelt dat de betrokkene in geval van een onrechtmatige inbewaringstelling recht heeft op schadevergoeding.*[52]

Nu het voorstel beoogt aansluiting te zoeken bij het regime dat thans geldt voor vreemdelingen op grond van de Vreemdelingenwet 2000, ontbreken overtuigende argumenten om de voor deze vreemdelingen geldende waarborgen niet ook voor de Nederlanders uit de overzeese gebieden te doen gelden. Het voorstel schiet op dit punt tekort. De Afdeling adviseert bij de vormgeving van de regels omtrent rechtsbescherming bij bewaring aan te sluiten bij de regeling uit de Vreemdelingenwet 2000.

Ten aanzien van de maatregel van inbewaringstelling merken de initiatiefnemers op dat zij zoveel mogelijk aan willen sluiten bij de systematiek van de vreemdelingenbewaring in het vreemdelingenrecht. Daarom wijzigen initiatiefnemers het voorstel van wet waarbij in artikel 3, vierde lid, de voorwaarden om tot inbewaringstelling over te kunnen gaan in lijn worden gebracht met de bestaande systematiek in het vreemdelingenrecht. Toekomstige wijzigingen, aanscherpingen, in de bestaande regels ten aanzien van vreemdelingenbewaring zullen hiermee ook weerslag hebben op de situatie van Antillianen waar het voorstel betrekking op heeft.

Om tegemoet te komen aan de opmerkingen van de Afdeling ten aanzien van het overslaan van de bezwaarfase en het beginsel van «speedy trial» hebben indieners in het gewijzigde voorstel van wet een nieuw artikel 10 opgenomen. In dit nieuwe artikel wordt geregeld dat alle besluiten die op grond van deze wet worden genomen, opgenomen worden in bijlage 1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Opname in die bijlage bij de Awb betekent dat er rechtstreeks beroep openstaat bij de rechter en niet eerst de bezwaarprocedure moet worden doorlopen. Tevens is er een nieuw artikel 11 ingevoegd waarin de citeertitel van de wet wordt vastgesteld. Reden daarvoor is dat daarmee in bijlage 1 van de Awb op eenvoudige wijze naar deze wet kan worden verwezen.

De initiatiefnemers zijn op de hoogte van artikel 5, lid 5, van het EVRM waaruit het recht op schadevergoeding bij onrechtmatige detentie voortvloeit. Deze waarborgen zullen worden gegarandeerd doordat in het gewijzigde voorstel van wet een nieuw vierde lid aan artikel 5 is toegevoegd waarin artikel 106 Vreemdelingenwet 2000 van overeenkomstige toepassing is verklaard.

II.2. Informatiesysteem/verwerking (bijzondere) persoonsgegevens

Ten behoeve van de uitvoering van het voorstel zal een informatiesysteem worden ontwikkeld. Dit informatiesysteem bevat een systematisch geordende verzameling van gegevens over de doelgroep van het voorstel en staat ten dienste aan de uitvoering van terugzendingen en weigering van toegang tot Nederland, aldus het voorstel.[53] *Bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur zullen regels worden gesteld omtrent in ieder geval de daarin op te nemen gegevens en de verwerking ervan. Daarnaast voorziet het voorstel in de verwerking van bijzondere persoons-*

[51] Zie artikel 3, vijfde lid, van het voorstel.
[52] Zie artikel 106 van de Vw 2000 waarin de eis van de schadevergoeding in geval van onrechtmatige detentie uit artikel 5, lid 5, van het EVRM is opgenomen.
[53] Artikel 7 van het voorstel.

gegevens.[54] Bij ministeriële regeling zal onder andere worden geregeld op welke wijze de verwerking van deze gegevens plaatsvindt, hoe deze gegevens worden beveiligd tegen verlies of onrechtmatige verwerking, welke gegevens, aan welke personen of instanties, voor welk doel en op welke wijze kunnen worden verstrekt.[55]

a. Verwerking (bijzondere) persoonsgegevens

De Afdeling merkt op dat met de verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens van Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten inbreuk wordt gemaakt op hun recht op privacy, zoals gewaarborgd in artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 EVRM. Vanuit een oogpunt van proportionaliteit van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is het nodig dat het doel waarmee (bijzondere) persoonsgegevens worden verwerkt zo concreet en zo nauw mogelijk wordt omschreven. Ook uit de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: de Wbp) volgt dat persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden mogen worden verzameld.[56] Deze doeleinden moeten specifiek zijn en er moeten waarborgen zijn dat de doelbinding bij verwerking van persoonsgegevens gewaarborgd is.[57] Daarnaast bepaalt de Wbp dat gegevens die met het oog op deze welomschreven doeleinden worden verzameld en verwerkt toereikend, ter zake dienend en niet bovenmatig zijn.[58]

De Afdeling is van oordeel dat het voorstel met betrekking tot het informatiesysteem tekortschiet. Zo is het doel van de verwerking van persoonsgegevens onvoldoende nauwkeurig («ten dienste van») omdat daarin niet de noodzakelijkheidseis van de verzameling van persoonsgegevens is opgenomen. De Afdeling beveelt aan het voorstel in het licht hiervan aan te passen. Bovendien maakt het voorstel verwerking van alle bijzondere gegevens mogelijk, terwijl niet alle bijzondere gegevens (zoals gegevens over godsdienst of levensovertuiging of politieke gezindheid van de betrokkene)[59] relevant zullen zijn voor de doelmatige en doeltreffende uitvoering van de voorgestelde terugzendregeling.
De Afdeling adviseert de mogelijkheid van het verwerken van bijzondere gegevens te beperken tot die gegevens die daartoe noodzakelijk zijn en deze keuze in de toelichting dragend te motiveren.

b. Niveau van regelgeving

De Afdeling merkt op dat de belangrijkste elementen van een regeling in de wet in formele zin behoren te worden opgenomen. De elementen zoals de wijze waarop het informatiesysteem zal worden ingericht, welke gegevens daarin worden opgenomen, de toegankelijkheid van het systeem, regels omtrent de bescherming van de privacy van degenen ten aanzien van wie een terugzendmaatregel en een inreisverbod is opgelegd (of het voornemen daartoe bestaat) behoren daar naar het oordeel van de Afdeling toe.

---

[54] Artikel 8 van het voorstel.
[55] Artikel 8, tweede lid, van het voorstel.
[56] Artikel 7 van de Wbp.
[57] Zie het advies van de Raad van State van 4 januari 2007 inzake Wet eenmalige gegevensuitvraag werk en inkomen, Kamerstukken II 2006/2007, 30 970, nr. 4
[58] Artikel 11 van de Wbp.
[59] Bij bijzondere persoonsgegevens gaat het volgens artikel 16 van de Wbp om persoonsgegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven, alsmede persoonsgegevens betreffende het lidmaatschap van een vakvereniging, strafrechtelijke persoonsgegevens en persoonsgegevens over onrechtmatig of hinderlijk gedrag in verband met een opgelegd verbod naar aanleiding van dat gedrag.

Het voorstel schiet op dit punt naar het oordeel van de Afdeling tekort, omdat een aantal essentiële elementen zoals hiervoor genoemd niet in het voorstel opgenomen zijn maar op het niveau van een amvb of zelfs op het niveau van een ministeriële regeling zullen worden geregeld. De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

De initiatiefnemers hebben, conform de opmerkingen van de Afdeling, artikel 7 van de wet aangepast. Ten behoeve van het Informatiesysteem zal zoveel mogelijk aansluiting worden gezocht bij hetgeen in de artikelen 107 en 107a van de Vreemdelingenwet 2000 is geregeld met betrekking tot het verwerken en verstrekken van persoonsgegevens. Verder wordt in het voorgestelde artikel 7, tweede lid, nadrukkelijk omschreven welke persoonsgegevens het Informatiesysteem zal bevatten. Daarnaast wordt in het gewijzigde derde lid van artikel 7 het doel van de verwerking van deze persoonsgegevens omschreven. Met deze wijzigingen wordt ook tegemoet gekomen aan de opmerking van de Afdeling om de belangrijkste elementen van de regeling in de wet op te nemen. Tevens is in artikel 8 een nieuw tweede lid ingevoegd.

II.3. Tenuitvoerlegging straf

De voorgestelde maatregel van terugzending geldt voor Nederlanders van Aruba, Curaçao en Sint Maarten die onherroepelijk zijn veroordeeld en bij wie onder andere een gevangenisstraf, een jeugddetentie of een taakstraf is opgelegd.[60] De vraag rijst of de straf in Nederland ten uitvoer zal worden gelegd voordat de betrokkene naar één van de hiervoor genoemde landen wordt teruggezonden, of dat de terugzending zo snel mogelijk plaats zal vinden zonder dat de opgelegde straf eerst in Nederland ten uitvoer is gelegd.
In dat laatste geval rijst de vraag hoe zal worden verzekerd dat de door de Nederlandse rechter opgelegde straf op Aruba, Curaçao of Sint Maarten ten uitvoer zal worden gelegd. De Afdeling wijst erop dat artikel 40 van het Statuut hiervoor geen toereikende grondslag biedt. Dit artikel bepaalt dat vonnissen door de rechter in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten gewezen, in het gehele Koninkrijk ten uitvoer kunnen worden gelegd. Hieruit volgt echter niet dat Aruba, Curaçao en Sint Maarten verplicht zijn om de in Nederland opgelegde straffen in die landen ten uitvoer te leggen, wanneer de betrokkene teruggezonden wordt.[61] Bij gebrek aan wettelijke uitwerking van de onderlinge rechtshulp op het punt van tenuitvoerlegging, bestaat voor Aruba, Curaçao en Sint Maarten geen plicht om de Nederlandse strafvonnissen ten uitvoer te leggen. Uit de toelichting blijkt ook niet dat op dit terrein reeds samenwerkingsafspraken zijn gemaakt tussen Nederland en de drie landen. Gelet op het voorgaande zal de in Nederland opgelegde straf in Nederland dienen te worden uitgevoerd. De eventuele terugzending kan pas daarna plaatsvinden.

De Afdeling adviseert de toelichting in bovengenoemde zin aan te vullen.

---

60 Artikel 1 van het voorstel.
61 Zie ook HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7145 en de conclusie van de A-G, ECLI:NL:PHR:2013: BZ7145, punt. 3.6–3.7.

De toelichting is op dit punt aangevuld. In Nederland woonachtige Antillianen van Aruba, Curaçao en Sint Maarten die onherroepelijk zijn veroordeeld tot een gevangenisstraf, jeugddetentie of taakstraf zullen, alvorens te worden teruggezonden, in Nederland hun straf ondergaan.

De Vice-President van de Raad van State
J.P.H. Donner

De initiatiefnemers,
Fritsma
De Graaf